

# VU Research Portal

## Van probleem naar oplossing en weer terug: het conceptwetsvoorstel aanpassing witwaswetgeving

Borgers, M.J.; Kooijmans, T.

### ***published in***

Delikt en Delinkwent  
2015

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., & Kooijmans, T. (2015). Van probleem naar oplossing en weer terug: het conceptwetsvoorstel aanpassing witwaswetgeving. *Delikt en Delinkwent*, 2015(8), 57-74.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Van probleem naar oplossing en weer terug: het conceptwetsvoorstel aanpassing witwaswetgeving<sup>2</sup>

DD 2015/8

*In de rechtspraak van de Hoge Raad is de reikwijdte van het witwasdelict door middel van de zogeheten kwalificatie-uitsluitingsgrond ingeperkt. Het doel daarvan is (onder andere) het voorkomen van een automatische verdubbeling van strafbaarheid. In de rechtspraak is de indruk ontstaan dat deze rechtspraak in sommige situaties een belemmering oplevert voor een effectieve bestrijding van misdaadgeld. Het gaat dan met name om de situatie waarin de rechter aanneemt dat een voorwerp afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf, terwijl vervolging ter zake van dat grondmisdrijf niet haalbaar is. In een recent verschenen conceptwetsvoorstel wordt daarom voorgesteld de strafbaarstelling van witwassen uit te breiden door expliciet strafbaar te stellen het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit enig misdrijf dat de schuldige heeft gepleegd. De vraag rijst echter of en, zo ja, in welke vorm, een probleem is ontstaan ten gevolge van de rechtspraak van de Hoge Raad en, zo dat het geval mocht zijn, of het conceptwetsvoorstel wel voorziet in de juiste oplossing voor dat specifieke probleem. In deze bijdrage wordt betoogd dat de rechtspraak van de Hoge Raad weliswaar tot enige verwarring kan leiden, maar dat daaruit geen wezenlijke belemmeringen lijken voort te vloeien. Invoering van het conceptwetsvoorstel zal bovendien nieuwe problemen oproepen.*

### 1 Inleiding

Er zijn vermoedelijk weinig strafbepalingen waarvan de toepassing en uitleg sinds hun inwerkingtreding zo sterk voorwerp van voortschrijdend inzicht zijn geweest als de witwasbepalingen van artikel 420bis en volgende Sr. Deze bepalingen traden in werking op 14 december 2001<sup>3</sup> en zijn in een inmiddels indrukwekkende hoeveelheid uitspraken door de Hoge Raad geïnterpreteerd op een wijze waarmee dit rechtscollege – naar het zich laat aanzien – een redelijke toepassing van de bepalingen in de praktijk nastreeft.<sup>4</sup> In het oog springt dan vooral dat de Hoge Raad langs verschillende lijnen is gekomen tot een *beperking* van de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen. Dat is geschied door middel van het formuleren van zogeheten kwalificatie-uitsluitingsgronden, op basis waarvan onder omstandigheden gedragingen die naar de letter onder de delictsomschrijving<sup>5</sup> van

1 Hoogleraar straf(proces)recht Vrije Universiteit Amsterdam, respectievelijk hoogleraar straf(proces)recht Universiteit van Tilburg.

2 Citeerwijze: M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Van probleem naar oplossing en weer terug: het conceptwetsvoorstel aanpassing witwaswetgeving', DD 2015/8.

3 Stb. 606.

4 Zie voor een overzicht onder andere T. Kooijmans, 'Witwassen: communicatie tussen rechter en wetenschap, maar waar is de wetgever?', DD 2014/39.

5 Of iets preciezer gezegd: één van de delictsomschrijvingen van witwassen. De door de Hoge Raad aanvaarde kwalificatie-uitsluitingsgronden hebben ten dele een beperkt bereik, in die zin dat deze overwegend zijn gericht op artikel 420bis/420quater lid 1 sub b Sr.

het witwassen vallen, toch niet als witwassen worden gekwalificeerd.<sup>6</sup> In dat geval dient ontslag van alle rechtsvervolging plaats te vinden.<sup>7</sup>

De afbakening van de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen die voor deze bijdrage het meest relevant is, ziet op de situatie waarin sprake is van een verdenking ter zake van een concreet (vermogens)misdrijf en waarbij ter gelegenheid van de opsporing daarvan ook de vermoedelijke buit in beeld komt. In een dergelijke situatie dient zich steeds de vraag aan of, hoe en in welke mate die buit is witgewassen. De rechtspraak heeft hier gezocht naar begrenzings. Die zoektocht lijkt verband te houden met de wens om tot een redelijke wetstoepassing te komen in, vooral, gevallen waarin naar de letter van de wet de verdachte met het voltooien van een vermogensdelict zich direct ook schuldig maakt aan witwassen omdat hij de revenuen van dat door hem begane vermogensdelict verworven heeft en (daarmee) voorhanden heeft. Het klassieke voorbeeld is de diefstal van een fiets: op het moment dat de diefstal wordt voltooid, heeft de dief een fiets voorhanden waarvan hij weet dat deze uit enig misdrijf afkomstig is. Hij heeft immers net zelf het grondfeit – de diefstal – gepleegd.<sup>8</sup>

De Hoge Raad heeft een kwalificatie-uitsluitingsgrond gecreëerd voor deze situatie. Het verwerven of voorhanden hebben van een uit eigen misdrijf afkomstig voorwerp kan alleen worden gekwalificeerd als witwassen indien er sprake is van een gedraging die meer omvat dan het enkele verwerven of voorhanden hebben en die op een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft. Worden deze – nauw samenhangende – voorwaarden niet vervuld, dan blijft kwalificatie als witwassen achterwege. Deze kwalificatie-uitsluitingsgrond kan zich aandienen bij zowel de opzetvariant van witwassen als bij schuldwitwassen.<sup>9</sup> Met de kwalificatie-uitsluitingsgrond beoogt de Hoge Raad mede te voorkomen dat een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die de door dat misdrijf verkregen voorwerpen verwerft of onder zich heeft en dus voorhanden heeft, zich automatisch ook schuldig maakt aan het witwassen van die voorwerpen. Bovendien wordt aldus bevorderd dat in zo een geval het door de verdachte begane (grond)misdrijf, dat in de regel nader is omschreven in een van specifieke bestanddelen voorziene strafbepaling, in de vervolging centraal staat.<sup>10</sup> Daarbij verdient opmerking dat de revenuen van dat (grond)misdrijf kunnen worden afgepakt via de verbeurdverklaring of ontnemingsmaatregel naar aanleiding van dat gronddelict. Een separate veroordeling wegens witwassen is daarvoor niet nodig.<sup>11</sup> De introductie van deze kwalificatie-uitsluitingsgrond kan niet los worden gezien van onduidelijkheden in de wetsgeschiedenis als ook het vervolgingsbeleid van het Openbaar

6 Zie nader D.J. van Leeuwen, 'Witwassen naar Nederlands recht. Over voorhanden hebben en het bewijs van witwassen', *DD* 2011/23, M.J. Borgers, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad en de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen', *DD* 2013/33 en J. Verbaan & J. Nan, 'Probleemoplossingsgericht denken bij witwassen van uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen', *Proces* 2014, p. 272-288.

7 Om onduidelijke redenen is de Hoge Raad in HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1237, *NJ* 2014/305, m.nt. N. Keijzer overgegaan tot vrijspraak in plaats van ontslag van alle rechtsvervolging. In die lijn ook r.o. 2.5 in HR 14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2971. Vgl. hierover Kooijmans 2014, p. 416-417.

8 Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27159, nr. 5, p. 10.

9 Al gaat het, nu het het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp uit het eigen gronddelict betreft, feitelijk vrijwel steeds om de opzetvariant. Zie hierover ook paragraaf 4.

10 Zie onder andere HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702, *NJ* 2014/302, m.nt. N. Keijzer en HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, *NJ* 2014/303, m.nt. N. Keijzer. Het accent lijkt in de recente rechtspraak overigens vooral te liggen op het voorkomen van het zich automatisch ook schuldig maken aan witwassen. Het bevorderen van het centraal stellen van het gronddelict in de vervolging wordt daarnaast echter ook nog steeds genoemd.

11 Nog daargelaten dat de aangetroffen revenuen niet per definitie het uit witwassen wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen. Zie HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2014:BY5217, *NJ* 2013/293, m.nt. J.M. Reijntjes. Vgl. ook punt 20-24 van de conclusie van advocaat-generaal Bleichrodt bij HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3046.

Ministerie. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de witwasbepalingen blijkt dat de strafbaarstelling naar de letter wat ruimer is uitgevallen dan op dat moment eigenlijk voor wenselijk werd gehouden. Het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van witwassen in de zojuist geschetste situatie werd bepaald niet omarmd, maar een concreet handvat om een automatische verdubbeling van strafbaarheid te voorkomen, werd ook niet aangereikt.<sup>12</sup> Wellicht is deze onduidelijke positie van de wetgever er mede de oorzaak van dat het in de praktijk nog wel eens voorkomt dat het ten laste gelegde witwassen ziet op de opbrengst van het eveneens ten laste gelegde gronddelict, zonder dat er met betrekking tot die opbrengst handelingen zijn gesteld die met verbergen of verhullen van doen hebben.<sup>13</sup> Ook komt het naar onze indruk voor dat na het aantreffen van een hoeveelheid contant geld al snel wordt gekozen voor een vervolging op grond van witwassen, zonder dat getracht is zicht te krijgen op de herkomst van dat geld en dus op het gronddelict. In meer algemene zin valt het op dat in de Aanwijzing witwassen<sup>14</sup> nauwelijks tot uitdrukking komt in welke gevallen een vervolging wegens witwassen wel en niet opportuun is. Mogelijk was bij een meer doordacht en terughoudend vervolgingsbeleid (de wenselijkheid en de noodzaak van) de kwalificatie-uitsluitingsgrond niet in beeld gekomen.

De hier geschetste rechtspraak is niet overal even goed gevallen. Zo stelt Van Leijen dat binnen het Openbaar Ministerie de rechtspraak aangaande het voorkomen van automatische verdubbeling van strafbaarheid met bepaalde reserves tegemoet lijkt te worden getreden. Deze auteur noteert dat het vanuit criminologische inzichten waarin contant geld wordt beschouwd als centrale schakel in het witwasproces en daarmee als smeermiddel voor de georganiseerde misdaad, 'des te meer bevreemdend [is] dat de Hoge Raad nu juist bij het aantreffen van contant geld strenge motiveringseisen oplegt voor het daarvan kunnen kwalificeren als witwassen'.<sup>15</sup> In politiek Den Haag heeft zich een parlementaire meerderheid afgetekend die niet lijkt te kunnen instemmen met deze kwalificatie-uitsluitingsgrond. Zo is ter gelegenheid van de behandeling van het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit de volgende motie aangenomen:

"Overwegende dat witwassen een ernstig misdrijf is dat fel moet worden bestreden; overwegende dat recente uitspraken van de Hoge Raad mogelijk een probleem met de witwaswetgeving hebben aangetoond; overwegende dat het voor het ontnemen van criminele winsten noodzakelijk is dat de witwaswetgeving eenduidig is en geen onnodige belemmeringen opwerpt; roept de regering op, de gerezen problematiek op te pakken, de witwaswetgeving aan te passen en een wetsvoorstel ten spoedigste, doch uiterlijk voorjaar 2015, aan de Kamer aan te bieden."<sup>16</sup>

Deze motie heeft de minister aangezet tot het concipiëren van een aanpassing van de witwaswetgeving. Het conceptwetsvoorstel is inmiddels ter consultatie rondgestuurd.<sup>17</sup> Het conceptwetsvoorstel behelst een wijziging van artikel 420bis Sr (witwassen) en van artikel 420quater Sr (schuldwitwassen). Onder vernummering van het tweede lid tot derde lid

12 Zie hieromtrent nader de noot – met verwijzingen naar de betreffende parlementaire stukken – van M.J. Borgers onder HR 2 oktober 2007, NJ 2008/16.

13 Wij wijzen hier ter illustratie op de verzuchting van waarnemend advocaat-generaal Wortel in (punt 5.10 van) zijn conclusie voor HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:178.

14 *Stcrt.* 2008, nr. 45, p. 15.

15 J.H.M. van Leijen, 'Contant geld: (g)een probleem', *TPWS* 2014/3, p. 24-27, i.h.b. p. 25.

16 *Kamerstukken II* 2013/14, 33685, nr. 12. Zie ook *Kamerstukken II* 24 juni 2014, TK 97-14-1.

17 Conceptwetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot bestrijding van het verwerven en voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen (aanpassing witwaswetgeving). Dit conceptwetsvoorstel en de bijbehorende concept-Memorie van Toelichting zijn (helaas) niet gepubliceerd op internet.

wordt voor beide strafbepalingen de invoeging van een nieuw lid 2 voorgesteld. Artikel 420bis lid 2 (nieuw) Sr zou als volgt moeten luiden:

“Indien het witwassen bestaat in het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit enig misdrijf dat de schuldige heeft gepleegd, wordt een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden opgelegd of geldboete van de vierde categorie.”

Het voorgestelde artikel 420quater lid 2 Sr is vrijwel identiek aan het voorgestelde artikel 420bis lid 2 Sr. Het enige verschil is gelegen in de strafbedreiging: deze is in de voorgestelde schuldwitwasbepaling bepaald op een gevangenisstraf van maximaal drie maanden (of een geldboete van de vierde categorie).

In deze bijdrage bespreken wij de achtergrond en de strekking van het conceptwetsvoorstel. Wij gaan eerst in op de vraag welk probleem de minister met dit conceptwetsvoorstel beoogt op te lossen (paragraaf 2). Vervolgens gaan wij nader in op het conceptwetsvoorstel en bespreken wij de vraag welke gevolgen dit voorstel zou kunnen hebben voor de toepassing van de witwasbepalingen en in het bijzonder de in de jurisprudentie ontworpen kwalificatie-uitsluitingsgrond (paragraaf 3). Wij sluiten af met enkele opmerkingen omtrent de toegevoegde waarde van het voorstel en – in het verlengde daarvan – mogelijke alternatieven daarvoor (paragraaf 4).

## 2 Welk probleem moet worden opgelost?

### 2.1 *Het conceptwetsvoorstel*

Het conceptwetsvoorstel berust op de assumptie dat de reikwijdte van de witwasbepalingen momenteel te beperkt is. Hoewel dat niet met zoveel woorden wordt genoteerd in de toelichting, ligt aan het conceptwetsvoorstel de gedachte ten grondslag dat de Hoge Raad is doorgeschoten bij het formuleren van de hiervoor besproken kwalificatie-uitsluitingsgrond. Voor een goed begrip van het conceptwetsvoorstel is het daarom nuttig de aandacht te richten op de vraag op welk punt de Hoge Raad zou zijn doorgeschoten en ook welke belemmering dat precies met zich zou brengen voor een effectieve rechtshandhaving.

In de toelichting op het conceptwetsvoorstel wordt allereerst opgemerkt dat ‘het verwerven of voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen een wederrechtelijke situatie [is], die onder alle omstandigheden een halt moet worden toegeroepen. Het in stand houden van die situatie vormt op zichzelf beschouwd een laakbare gedraging die aanleiding moet geven voor een strafrechtelijke reactie.’<sup>18</sup>

Nu moet voor ogen worden gehouden dat de door de Hoge Raad aanvaarde kwalificatie-uitsluitingsgrond er ‘slechts’ toe strekt dat er geen automatische verdubbeling van strafbaarheid ontstaat, dat wil zeggen: strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van het gronddelict *en* ter zake van witwassen, wanneer niet blijkt dat het verwerven of voorhanden hebben is gericht op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het eigen misdrijf verkregen voorwerp. De aansprakelijkheid voor het gronddelict blijft dus onaangetast.

Wil de minister nu dat een dergelijke automatische verdubbeling in de toekomst wel steeds gaat plaatsvinden? En dat dus elke fietsendief consequent zal worden vervolgd voor diefstal *en* witwassen? Dat blijkt bij nadere bestudering van de toelichting niet het geval. Want ook al wordt het feit dat het verwerven en voorhanden hebben niet in alle gevallen strafbaar is, geproblematiseerd, de aandacht van de minister richt zich specifiek op de situatie

<sup>18</sup> Concept-Memorie van Toelichting, p. 2.

waarin 'vervolging wegens het grondmisdrijf niet haalbaar is. Grote sommen misdaadgeld dreigen dan onaangetast te blijven.'<sup>19</sup> De minister vervolgt dat het helder is 'dat van misdrijf afkomstige voorwerpen in alle gevallen moeten kunnen worden afgenomen. Indien criminele winsten ongemoeid worden gelaten, profiteert daarvan niet alleen de dader, maar worden bovendien personen in de kring rond de dader bevestigd in de idee dat misdaad loont en kunnen deze in de verleiding komen om op hun beurt strafbare feiten te plegen.'<sup>20</sup> Verderop in de toelichting merkt de minister op dat het bestaansrecht voor de voorgestelde uitbreiding van de witwasbepalingen 'vooral ligt in het voorkomen van straffeloosheid op het moment dat veroordeling voor het grondmisdrijf niet mogelijk is of niet is aangewezen'.<sup>21</sup> Dat is ook hetgeen centraal staat in de motie die in paragraaf 1 is geciteerd: het onbemerd kunnen ontnemen van criminele winsten. Er staat niet dat de wens is het telkens cumuleren van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Kortom: de minister richt zich blijkens de concept-Memorie van Toelichting op de situatie waarin de kwalificatie-uitsluitingsgrond ertoe leidt dat geen veroordeling volgt ter zake van witwassen, terwijl evenmin een veroordeling plaatsvindt of kan plaatsvinden ter zake van het door de verdachte begane gronddelict. De vraag die dan rijst, is of deze situatie zich vaak zal voordoen. Immers, de hier aan de orde kwalificatie-uitsluitingsgrond vindt alleen toepassing indien vaststaat dat het verwerven of voorhanden hebben betrekking heeft op een door de verdachte zelf begaan gronddelict. Blijkbaar heeft de minister de situatie op het oog waarin wel kan worden vastgesteld dat de verdachte het gronddelict heeft begaan, maar een veroordeling ter zake van dat delict 'niet mogelijk is of niet is aangewezen'. Wanneer zo'n situatie zich voordoet, wordt echter niet geconcretiseerd of geïllustreerd en evenmin van een empirische, kwantitatieve basis – om hoeveel gevallen gaat het<sup>22</sup> en aan welke bedragen moeten wij denken? – voorzien. Dat laatste zou wel wenselijk zijn om te kunnen inschatten of en in hoeverre wij hier met een probleem van doen hebben dat serieus genoeg is om door middel van wetgeving te worden aangepakt.

## 2.2 Een uitspraak van de Hoge Raad

Zien wij het goed, dan is een belangrijke aanleiding voor het conceptwetsvoorstel gelegen – ook al noemt de minister dat arrest niet – in een uitspraak van de Hoge Raad van 17 december 2013.<sup>23</sup> De Hoge Raad verwerpt hier de (in het cassatiemiddel van het Openbaar Ministerie neergelegde) opvatting dat de rechter pas toepassing mag geven aan de kwalificatie-uitsluitingsgrond indien hij het grondmisdrijf waaraan de verdachte zich schuldig zou hebben gemaakt zo veel mogelijk concretiseert voor wat betreft plaats, tijd en door de verdachte verrichte handelingen. De Hoge Raad overweegt dat het hier gaat om 'een eis die het recht niet kent'. Aldus lijkt de Hoge Raad tot uitdrukking te willen brengen dat de feitenrechter ook op indirecte wijze kan vaststellen dat de verdachte het gronddelict zelf heeft begaan. Wanneer de concrete feiten en omstandigheden van het geval er sterk op duiden dat de verdachte het gronddelict heeft begaan, mag aan de kwalificatie-uitsluitingsgrond toepassing worden gegeven, ook al blijken de plaats, de tijd en de wijze van het begaan van het delict niet in detail.

Dat dit arrest – binnen de kringen van politie en justitie – tot onrust heeft geleid, is niet onbegrijpelijk. Er zijn enkele voorbeelden van uitspraken van feitenrechters waarin de kwalificatie-uitsluitingsgrond is toegepast omdat bij de verdachte een grote hoeveelheid

19 Concept-Memorie van Toelichting, p. 2.

20 Concept-Memorie van Toelichting, p. 2.

21 Concept-Memorie van Toelichting, p. 3.

22 Verbaan & Nan 2014, p. 279 spreken over 'geregeld voorkomende gevallen'.

23 HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2002, NJ 2014/77, m.nt. M.J. Borgers.

contant geld is aangetroffen, terwijl de omstandigheden erop duiden – denk vooral aan de gelijktijdige vondst van een partij drugs – dat de verdachte dat geld heeft verworven met zelf (of mede)gepleegde financieel lucratieve misdrijven.<sup>24</sup> Daarbij worden die misdrijven niet steeds heel concreet omschreven, in ieder geval niet zo gedetailleerd dat deze bij wijze van spreken een-op-een in een tenlastelegging kunnen worden opgenomen. Het Openbaar Ministerie kan dan tegen het probleem aanlopen dat het verwerven of voorhanden hebben van het geld niet tot een veroordeling wegens witwassen leidt, terwijl vervolging ter zake van de gronddelicten ook niet haalbaar is. Er kan in dat geval geen verbeurdverklaring van het aangetroffen geld plaatsvinden, terwijl ook aan de mogelijkheid van – de in de praktijk overigens wel toegepaste<sup>25</sup> – onttrekking aan het verkeer haken en ogen zitten.<sup>26</sup> De uiterste consequentie lijkt dan te zijn dat het aangetroffen geld terug moet naar de verdachte, terwijl de rechter juist heeft aangenomen dat het geld afkomstig is uit door de verdachte begane misdrijven.<sup>27</sup>

Dat dit op zichzelf een geenszins wenselijke consequentie is, is wat ons betreft niet vatbaar voor discussie. Het zou ook merkwaardig zijn als het streven naar het voorkomen van een automatische verdubbeling van strafbaarheid zou ontaarden in straffeloosheid en onaantastbaarheid van misdadig geld. Echter, ook al lijkt uit het arrest van 17 december 2013 te mogen worden afgeleid dat de Hoge Raad voor de toepassing van de kwalificatie-uitsluitingsgrond niet de eis stelt dat het Openbaar Ministerie het gronddelict ook ten laste had kunnen leggen, de vraag rijst wel hoe groot nu precies de belemmering is die uit dat

24 Hof Amsterdam 2 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3188. Vgl. ook Hof Den Haag 18 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1377.

25 Hof Amsterdam 2 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3188.

26 Blijkens rechtspraak van de Hoge Raad is contant geld, ook wanneer dat een criminele herkomst heeft, gelet op zijn aard niet vatbaar voor onttrekking aan het verkeer. Zie HR 8 maart 2005, NJ 2007/437.

27 Verbaan & Nan 2014, p. 279 wijzen ook op de situatie waarin reeds eerder voor het gronddelict is vervolgd terwijl toen niet het voordeel (of al het voordeel) is ontnomen. Consecutieve vervolging wegens witwassen kan dan spaak lopen op de kwalificatie-uitsluitingsgrond, zodat niet door middel van een dergelijke vervolging alsnog (of herhaaldelijk) tot ontneming kan worden overgegaan. Het is de vraag of dit – zoals Verbaan & Nan stellen – een probleem oplevert, althans een probleem dat door middel van de witwaswetgeving moet worden opgelost. In essentie gaat het hier om de betekenis van het *ne bis in idem*-beginsel in relatie tot de ontnemingsprocedure. Als al nieuwe wetgeving in overweging zou worden genomen om dit probleem op te lossen, zou een voorziening kunnen worden getroffen in de sfeer van de mogelijkheid van een aanvullende ontnemingsprocedure (in plaats van een uitbreiding van de witwasbepalingen). Het hier geschetste probleem is in de rechtspraktijk overigens eenvoudig te voorkomen door alertheid binnen het Openbaar Ministerie om overeenkomstig artikel 511b lid 1 Sv binnen twee jaar na de uitspraak in eerste aanleg in de strafzaak van het gronddelict een ontnemingsvordering in te dienen. Vgl. HR 26 november 2002, NJ 2003/39 en HR 11 oktober 2005, NJ 2006/626. In de aanloop naar de behandeling van de ontnemingsvordering (en ook tijdens die behandeling) kan – de wet biedt daartoe tal van mogelijkheden – uitvoerig onderzoek plaatsvinden naar het bestaan en de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel.



arrest voortvloeit. Het antwoord op die vraag is niet eenvoudig te geven.<sup>28</sup> Dat heeft ermee van doen dat de Hoge Raad alleen heeft aangegeven welke eis het recht *niet* kent. De Hoge Raad heeft niet – in positieve zin – vastgesteld welke eisen *wel* gelden ten aanzien van de vaststelling of het gronddelict door de verdachte is begaan. Duidelijk is echter dat het feit dat een verdachte in het bezit is van zowel drugs als geld, niet per definitie de vaststelling rechtvaardigt dat de verdachte zelf het gronddelict heeft begaan waarvan het aangetroffen geld de (directe) opbrengst belichaamt.<sup>29</sup> Uit rechtspraak van de Hoge Raad kan in dit verband worden afgeleid dat het primair op de weg ligt van de verdachte om gemotiveerd naar voren te brengen dat het voorwerp dat hij heeft verworven of voorhanden heeft, uit een door hemzelf begaan misdrijf afkomstig is.<sup>30</sup> In de meeste arresten waarin de Hoge Raad, na het wijzen van het arrest van 17 december 2013, tot cassatie is overgegaan omdat het gerechtshof ontoereikend had gemotiveerd waarom het geen toepassing heeft gegeven aan de kwalificatie-uitsluitingsgrond, blijkt klip en klaar uit welk (bewezen verklaard) feit de aangetroffen voorwerpen afkomstig zijn.<sup>31</sup> Slechts in een enkel arrest is dat niet het geval,<sup>32</sup> maar zonder kennis van het onderliggende dossier kan niet worden vastgesteld of – en kan dus ook niet worden uitgesloten dat – het Openbaar Ministerie het gronddelict zodanig scherp in beeld had kunnen krijgen dat vervolging ter zake van dat feit succesvol zou zijn geweest.<sup>33</sup> Meer concrete lijnen laten zich – vooralsnog – niet uit de rechtspraak van de Hoge Raad afleiden.<sup>34</sup> Dat is op zichzelf een belangrijke constatering: de rechtsont-

28 Anders: Verbaan & Nan 2014, p. 279-281, die op basis van een tweetal arresten concluderen dat de rechtspraak van de Hoge Raad problemen creëert bij het opsporen en vervolgen van witwaszaken. Echter, de arresten die zij aanhalen, laten die conclusie naar onze mening niet toe. In het eerste arrest – HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:697 – draait het om het voorhanden hebben van gelden uit een bewezen verklaard drugs-misdrijf, zodat die gelden op grond van dat misdrijf zouden kunnen worden afgenomen. Dat geldt ook voor het tweede arrest – HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1164 – waarin het gerechtshof heeft vastgesteld – welke vaststelling in cassatie niet door het Openbaar Ministerie is bestreden door middel van een motiveringsklacht – dat het voorhanden hebben ziet op een drugsdelict waarvoor de verdachte is veroordeeld. (Het hof overwoog in deze zaak nog wel dat de verdachte voor dit feit ‘zij het voor een beperkte periode’ is veroordeeld. Mogelijk was de vervolging ter zake van witwassen hier mede ingegeven door de zogeheten Geerings-problematiek, zie EHRM 1 maart 2007, NJ 2007/349, m.nt. M.J. Borgers. Om de redenen die uiteen zijn gezet in punt 8 van de annotatie onder dat arrest zal het Openbaar Ministerie met bedachtzaam opereren weinig last hoeven te ondervinden van de uitspraak in de zaak-Geerings.) Verbaan & Nan 2014, p. 281 (voetnoot 42) noemen als ‘vergelijkbare zaak’ HR 17 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1444, maar ook in die zaak – waarin de verdachte in hoger beroep niet alleen werd veroordeeld wegens witwassen maar ook wegens verschillende drugsgerelateerde feiten – overwoog het hof dat ‘de aangetroffen geldbedragen uit enig misdrijf (mede gelet op de bewezenverklarde feiten, in belangrijke mate uit drugshandel) afkomstig zijn’.

29 Zie HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:127, NJ 2014/78, m.nt. M.J. Borgers.

30 HR 17 december 2013, NJ 2014/75, m.nt. M.J. Borgers en HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:127, NJ 2014/78, m.nt. M.J. Borgers. Vgl. over die plicht ook punt 5 van de noot van M.J. Borgers onder HR 21 januari 2014, NJ 2014, 78 en Kooijmans 2014, p. 417-418.

31 Zie HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:11, HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:480, HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:697, HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1164, HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1180, HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1237, HR 17 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1444 en HR 14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2971 (alsmede de parallelle zaken ECLI:HR:NL:2014:2973 en ECLI:NL:HR:2014:2974).

32 Zie HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:188.

33 In enkele zaken waarin het arrest van het hof op dit punt nog ruimte voor debat laat, benoemt de Hoge Raad zelf het door de verdachte begane grondfeit waarvan de revenuen bij hem zijn aangetroffen: zie het besproken arrest van 17 december 2013, NJ 2014/77, m.nt. M.J. Borgers (‘cocaïnehandel’) en HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:174 (‘hennephandel’).

34 Opmerkelijk in dit verband zijn twee arresten die betrekking hebben op de vondst van dezelfde hoeveelheid drugs en contant geld. In de zaak tegen de ene verdachte blijft de veroordeling ter zake van het witwassen van dat geld in stand, terwijl in de zaak tegen de andere verdachte wordt gecasseerd omdat – kort gezegd – onvoldoende is gemotiveerd door het gerechtshof waarom geen toepassing wordt gegeven aan de kwalificatie-uitsluitingsgrond. Zie HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:174 en HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:175. Het verschil in uitkomst is, zonder kennis van de onderliggende dossiers, moeilijk te verklaren.



wikkeling is op dit punt nog niet tot stilstand gekomen. Geenszins uitgesloten – en in onze ogen juist alleszins aannemelijk – is dat de Hoge Raad nader zal duiden welke eisen gelden ten aanzien van de vaststelling of het gronddelict door de verdachte is begaan. Dan zal nog maar moeten blijken of de soep zo heet wordt gegeten als door politie en justitie wordt gevreesd. Als relevant gegeven voor het al dan niet toepassen van de kwalificatie-uitsluitingsgrond zou bijvoorbeeld kunnen gelden de mate waarin door politie en justitie onderzoek is gedaan naar het vermoedelijke gronddelict. Wanneer dergelijk onderzoek – binnen redelijke grenzen, de opsporingscapaciteit is immers niet oneindig – heeft plaatsgevonden, maar geen of onvoldoende bewijs heeft opgeleverd, lijkt ons dat een goede reden om geen toepassing te geven aan de kwalificatie-uitsluitingsgrond.

De vraag is, gelet op de hierboven onder 2.1 weergegeven concept-Memorie van Toelichting, evenwel vooral of in die gevallen waarin de kwalificatie-uitsluitingsgrond toepassing vindt, terwijl vervolging ter zake van het gronddelict niet haalbaar of mogelijk lijkt, het afnemen van het aangetroffen geld (of ander voorwerp) telkens onmogelijk is. Bedacht dient te worden dat de ontnemingswetgeving ruime mogelijkheden biedt tot confiscatie, waarbij onder meer geldt dat de feiten naar aanleiding waarvan ontneming plaatsvindt, niet overeenkomstig artikel 261 Sv behoeven te worden ten laste gelegd. In het hiervoor gegeven voorbeeld kan op grond van de veroordeling ter zake van het bezit van de aangetroffen drugs een ontnemingsprocedure worden gestart, waarbij de ontnemingsvordering zich (mede) richt op het voordeel dat is verkregen uit andere feiten. Die andere feiten betreffen dan de eigen gronddelicten die in de hoofdzaak aanleiding hebben gegeven tot toepassing van de kwalificatie-uitsluitingsgrond.<sup>35</sup> Die delicten behoeven daarvoor niet in detail te worden omschreven. Het is mogelijk – in samenhang met de overige feiten en omstandigheden van het geval – om vanuit het aantreffen van de hoeveelheid contant geld terug te redeneren naar het begaan zijn van de delicten die dat geld hebben gegenereerd. Zo gezien, lijkt de ontnemingsprocedure reeds de mogelijkheid te omvatten die de minister mist. Alleen in het geval dat in het geheel geen veroordeling plaatsvindt, loopt het spaak omdat dan geen ontnemingsprocedure kan plaatsvinden.<sup>36</sup>

Ook anderszins lijkt de door de Hoge Raad aanvaarde kwalificatie-uitsluitingsgrond niet tot onoverkomelijke problemen in de rechtshandhaving te leiden. Hiervoor noemden wij de mate waarin door politie en justitie onderzoek is gedaan naar het gronddelict, als relevant gegeven voor het al dan niet toepassen van de kwalificatie-uitsluitingsgrond. In het geval dat bij de verdachte aangetroffen gelden aanvankelijk uit eigen misdrijven afkomstig lijken te zijn, maar bij nader onderzoek geen bewijs voor die misdrijven wordt gevonden, zou de bewijsvoering ter zake van het witwassen daar ook op kunnen en moeten worden toegespitst. Centraal wordt dan gesteld dat sprake is van het verwerven en/of het voorhanden zijn van geld dat onmiskenbaar afkomstig is uit enig misdrijf, echter zonder dat duidelijk

35 Wij laten hier nog buiten beschouwing dat ook een abstracte methode van voordeelberekening, zoals de vermogensvergelijking, ruime mogelijkheden biedt om het aangetroffen geld te ontnemen, ook in gevallen waarin de kwalificatie-uitsluitingsgrond aan de orde is. Zie nader M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Verruiming, vereenvoudiging en verbetering? Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden voordeelontneming', *DD* 2010/25, p. 205-270, i.h.b. p. 210-215.

36 Vgl. artikel 36e lid 1 Sr.

is (geworden) door wie, wanneer en waar dit misdrijf concreet is begaan.<sup>37</sup> Dit sluit aan bij een hoofdlijn in de rechtspraak van de Hoge Raad die is toegespitst op de situatie waarin door de autoriteiten bij een bepaalde persoon een hoeveelheid geld wordt aangetroffen onder bijzondere omstandigheden. Die omstandigheden kunnen zijn gelegen in onder meer de hoeveelheid geld of (eventueel in combinatie daarmee) de wijze waarop dat geld is opgeborgen of wordt vervoerd. Door deze omstandigheden – alsmede het ontbreken van legale bronnen van inkomsten die de kennelijke rijkdom van de verdachte verklaren – kan het vermoeden ontstaan dat het geld onmiddellijk of middellijk uit misdrijf afkomstig is en dat er daarmee sprake is van witwasgeld.<sup>38</sup> Hier geldt niet de eis dat uit de bewijsmiddelen moet kunnen worden afgeleid dat het geld afkomstig is uit een nauwkeurig aangeduid misdrijf. Dat betekent dus dat uit de bewijsmiddelen (ook) niet hoeft te kunnen worden afgeleid door wie, wanneer en waar dit misdrijf concreet is begaan.<sup>39</sup> Alsdan komt toepassing van de kwalificatie-uitsluitingsgrond ook niet om de hoek kijken. Die grond komt immers (pas) in beeld wanneer kan worden vastgesteld dat degene die van witwassen wordt verdacht, ook degene is die het gronddelict heeft begaan. Het komt ons voor dat in de gevallen waaraan het Openbaar Ministerie en de minister aanstoot nemen, al te gemakkelijk wordt aangenomen dat die voorwaarde is vervuld, terwijl de rechtspraak van de Hoge Raad daar niet toe dwingt.<sup>40</sup> Wanneer de Hoge Raad overgaat tot cassatie vanwege – kort gezegd – het niet toepassen van de kwalificatie-uitsluitingsgrond, vormt de aanleiding daarvan de (expliciete of impliciete) feitelijke – en dus voor de Hoge Raad, behoudens een (motivering) klacht in cassatie van de zijde van het Openbaar Ministerie, onaantastbare – vaststelling van het gerechtshof dat de verdachte zelf het grondmisdrijf heeft begaan. Daarnaast moet worden bedacht dat aan de inkleding van een verweer dat strekt tot toepassing van de kwalificatie-uitsluitingsgrond de nodige eisen mogen worden gesteld. De enkele stelling van de verdachte dat hij zelf het gronddelict heeft begaan, volstaat niet. Wij zien in de rechtspraak van de Hoge Raad geen belemmering om betrekkelijk hoge eisen te stellen aan de onderbouwing van een verweer dat strekt tot toepassing van een kwalificatie-uitsluitingsgrond. In de optiek van de Hoge Raad moet de verdachte ‘met voldoende concretisering’ verweer voeren met betrekking tot het verwerven of voorhanden hebben door eigen misdrijf.<sup>41</sup> Het voeren van een dergelijk verweer zal voor een verdachte dan ook lang niet altijd aanlokkelijk zijn.<sup>42</sup>

37 Een alternatief zou onder omstandigheden wellicht nog kunnen zijn om de tenlastelegging toe te spitsen op het verbergen van de vindplaats in de zin van artikel 420bis/quater lid 1 sub a Sr. Zie over die mogelijkheid en de aarzelingen daaromtrent Kooijmans 2014, p. 418-419. Een andere manier om de vervolging toe te spitsen op het verbergen van de vindplaats – waarbij vergelijkbare aarzelingen passen – betreft de door Verbaan & Nan 2014 voorgestelde vervolging wegens poging tot witwassen. Daarbij verdient opmerking dat de handelingen die deze auteurs aanmerken als een ‘begin van uitvoering’ (in de zin van artikel 45 Sr) van witwassen, ook voor zover het daarbij niet gaat om verwerven en voorhanden hebben, op de keper beschouwd reeds een voltooid delict opleveren (waarop onder omstandigheden de kwalificatie-uitsluitingsgrond van toepassing is).

38 Zie ook Borgers & Kooijmans 2010, p. 217-219.

39 Zie onder andere HR 28 september 2004, NJ 2007/278, HR 27 september 2005, NJ 2006/473 en HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:194. Uit HR 9 december 2008, NJ 2009/147, m.nt. M.J. Borgers kan worden afgeleid dat de omstandigheid dat het betreffende misdrijf is begaan vóór de inwerkingtreding op 14 december 2001 van de witwasbepalingen en mogelijk voor of na die datum is verjaard, niet in de weg staat aan strafbaarheid ter zake van een witwashandeling begaan na die datum.

40 Vgl. in ander verband HR 6 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:10, rov. 2.3, voor zover inhoudende: ‘Vooropgesteld moet worden dat aan het enkele voorhanden hebben van door een vermogensdelict ontvreemde goederen niet zonder meer de conclusie kan worden verbonden dat de betrokkene die goederen ook door het plegen van dat vermogensdelict heeft verkregen.’

41 HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3618, rov. 2.3.2 sub (iii).

42 Vgl. over dergelijke procesrisico's ook punt 5 van de noot van M.J. Borgers onder HR 21 januari 2014, NJ 2014/78 en Kooijmans 2014, p. 417-418.

### 2.3 Plaatsbepaling

Waar toe leiden deze beschouwingen? Aan de rechtspraak van de Hoge Raad ter zake van de kwalificatie-uitsluitingsgrond liggen twee gedachten ten grondslag. Allereerst dient een automatische verdubbeling van strafbaarheid te worden vermeden. En voorts moet worden bevorderd dat het door de verdachte begane (grond)misdrijf in de vervolging centraal staat. Zien wij het goed, dan is het conceptwetsvoorstel (en de motie die daaraan mede ten grondslag ligt) niet, althans niet primair, ingegeven door de gedachte dat de Hoge Raad met de kwalificatie-uitsluitingsgrond op principiële onjuiste gronden de reikwijdte van de witwasbepalingen zou hebben beperkt. Veeleer is de aanleiding voor dat voorstel erin gelegen dat in een aantal zaken is gebleken dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond wordt toegepast zonder dat het mogelijk is (of lijkt te zijn) om de verdachte voor het eigen gronddelict te vervolgen. Daarbij lijkt te worden aangenomen dat de Hoge Raad zich met een dergelijke uitkomst zonder meer kan verenigen. Er dienen echter geen overhaaste conclusies te worden getrokken. Allereerst is de zienswijze van de Hoge Raad nog niet uitgekristalliseerd. Ten tweede is het de vraag of er bij de huidige stand van de rechtspraak werkelijk een probleem bestaat, en zo dat het geval zou zijn: waar dan precies de schoen wringt. Niet alleen zijn de mogelijkheden tot ontneming ruim, ook kan met nader onderzoek naar het gronddelict en/of een betere inkleding van de tenlastelegging en het dossier worden vermeden dat het aantreffen van gelden waarvan kan worden vastgesteld dat die een criminele herkomst hebben, niet tot een gepaste strafrechtelijke reactie leidt.

Bij deze stand van zaken dringt de vraag zich op of de minister niet beter had kunnen wachten met zijn voorstel totdat de lijnen in de rechtspraak zijn uitgekristalliseerd. Dat geldt temeer nu niets eraan in de weg staat dat het Openbaar Ministerie uitspraken van feitenrechters die hem onwelgevallig zijn, aan de Hoge Raad voorlegt, zodat de Hoge Raad daadwerkelijk in de gelegenheid wordt gesteld nader af te bakenen wanneer de kwalificatie-uitsluitingsgrond wel en geen toepassing vindt.<sup>43</sup> Naar onze mening zou de zojuist opgeworpen vraag positief moeten worden beantwoord. Maar wij erkennen dat het antwoord ook zou kunnen luiden dat het de minister vrij staat – en dat hij er wellicht juist goed aan doet – om op korte termijn duidelijkheid te creëren voor de rechtspraak. Natuurlijk is de wetgever bevoegd om, bijvoorbeeld wanneer de rechtspraak een koers kiest die de wetgever onwelgevallig is, door middel van een wetwijziging een nieuwe koers te bepalen. Het is echter dan wel zaak dat wordt gezien wat de consequenties zullen zijn van het aanvaarden van het conceptwetsvoorstel. Lost dit het door de minister gepercipieerde probleem volledig op? En welke (al dan niet onvermoede) problemen brengt dit voorstel misschien juist weer teweeg? Die laatste vraag is overigens ook alleszins relevant als men de aanleiding voor het conceptwetsvoorstel niet zozeer zou willen zoeken in de behoefte van de minister om een bepaald probleem op te lossen, maar veeleer in de wens om – alsnog – duidelijk positie te kiezen omtrent de gewenste en beoogde reikwijdte van het witwasdelict.

<sup>43</sup> Daarbij verdient het aandacht dat het Openbaar Ministerie cassatieklachten ook op verstandige wijze moet inkleden. Een probleem met betrekking tot het besproken arrest van 17 december 2013 is wellicht dat het Openbaar Ministerie met een nogal stellig geformuleerde rechtsopvatting op de proppen kwam. Het ligt meer voor de hand om motiveringsklachten naar voren te brengen met betrekking tot het oordeel van de feitenrechter dat de aangetroffen gelden uit eigen misdrijf afkomstig zijn. Daarbij is dan zaak dat het Openbaar Ministerie reeds in feitelijke instantie uiteenzet waarom niet tot een dergelijke aanname zou moeten worden gekomen.

### 3 Een nadere beschouwing van het conceptwetsvoorstel

#### 3.1 *Rechtsgoederenbescherming: het onderscheid tussen gronddelict en witwassen*

Een van de kernpunten van de toelichting op het conceptwetsvoorstel is de observatie van de minister dat een effectieve bestrijding van witwassen een substantiële bijdrage kan leveren aan de criminaliteitsbestrijding.<sup>44</sup> Met deze observatie stemmen wij op zichzelf in. Die gedachte ligt ook mede ten grondslag aan internationale en Europese regelingen die de bovennationale context vormen waarbinnen onze witwasbepalingen tot stand zijn gekomen.<sup>45</sup> Bovendien is met de witwaswetgeving een instrument gecreëerd dat – via de band van de verbeurdverklaring – geëigend is om de opbrengsten van misdrijven af te pakken. De – afzonderlijke – ontnemingsprocedure behoeft in dat geval niet (steeds) te worden geëntameerd. Als we op dit punt in ons betoog de onttrekking aan het verkeer nog even buiten beschouwing laten, kan de tussenconclusie luiden dat het arsenaal aan vermogenssancities thans reeds – minst genomen: goeddeels – toereikend is om, zoals de minister het uitdrukt, ‘financieel gewin [als] de belangrijkste drijfveer voor het plegen van misdrijven’ te bestrijden.<sup>46</sup>

De bewindsman wil die bestrijding via het conceptwetsvoorstel nader handen en voeten geven door het enkele verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit eigen misdrijf, als zodanig strafbaar te stellen. Het uitgangspunt van de minister daarbij is dat het verwerven en voorhanden hebben ‘het noodzakelijke beginstadium van het witwasproces’ vormen.<sup>47</sup> Deze benadering treft men ook wel in de literatuur aan.<sup>48</sup> Op het eerste gezicht lijkt deze benadering een waarheid als een koe te zijn: het is lastig om een voorwerp wit te wassen als je het niet op enig moment op enigerlei wijze hebt verworven of voorhanden hebt gehad. Witwassen vereist enigerlei vorm van beschikkingsmacht. Toch is deze benadering bij nader inzien niet onproblematisch omdat daarin in theorie de overgang tussen het gronddelict en het witwassen – in de vorm van verwerven of voorhanden hebben – wellicht nog net te maken is, maar deze in de praktijk volstrekt vloeiend is. Wij lichten dat toe aan de hand van een voorbeeld. Als een dief de diefstal van een televisie – of een geldbedrag of een ander voorwerp – heeft voltooid, dan zijn daarmee de verwerving en het voorhanden hebben van het betreffende voorwerp gegeven. Natuurlijk zou de dief allerlei – anders dan als ‘verwerven’ en ‘voorhanden hebben’ onder de delictsomschrijving van witwassen te brengen – nadere handelingen ten aanzien van het betreffende voorwerp kunnen verrichten en zou het voorhanden hebben van het voorwerp (achteraf) inderdaad kunnen worden aangemerkt als het beginstadium van het witwasproces. Maar *du moment* dat het gronddelict is voltooid, is in deze benadering toch weer de automatische verdubbeling van strafbaarheid gegeven. De strafbaarheid uit hoofde van witwassen wordt door de bewindsman verdedigd met de stelling dat ‘op elk moment moet kunnen worden opgetreden tegen het verwerven of voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen’.<sup>49</sup> Dat terwijl de strafbaarstelling van diefstal reeds berust op de gedachte dat met het begaan van dat delict de dader over iets komt te

44 Concept-Memorie van Toelichting, p. 1.

45 Vgl. S.S. Buisman, ‘Witwassen – het enkele verwerven en voorhanden hebben en richtlijnconforme interpretatie’, *DD* 2013/53.

46 Concept-Memorie van Toelichting, p. 1.

47 Concept-Memorie van Toelichting, p. 2.

48 Zie Buisman 2013 en Verbaan & Nan 2014, p. 282-283. Vgl. ook F. Diepenmaat & P.A.M. Verrest, ‘De strafbare gedraging witwassen’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund (red.), *De gedraging in beweging*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 39-63, i.h.b. p. 43-45.

49 Concept-Memorie van Toelichting, p. 1.

beschikken dat hem niet toebehoort. Iets soortgelijks kan ook worden gesteld ten aanzien van andere (vermogens)delicten. Daarmee is diffuus geworden welk (rechts)goed nu eigenlijk wordt beschermd door het nieuwe, voorgestelde witwasmisdrijf. Het ligt namelijk niet direct voor de hand om aan te nemen dat de integriteit van het financiële verkeer<sup>50</sup> reeds in gevaar is door de enkele omstandigheid dat de dief de gestolen televisie thuis (voor eigen gebruik) of in zijn schuur plaatst, of een uit de diefstal verkregen bundeltje geld tussen de kussenslopen in de linnenkast legt.<sup>51</sup>

### 3.2 *De vermijdbaarheid van de strafbare gedraging*

Daar komt nog iets bij. Wanneer – zoals in de optiek van de minister – met het verwerven of het voorhanden hebben het witwassen (als ‘noodzakelijk beginstadium’ van het witwasproces) als strafbare handeling is gegeven, is daarmee als uitgangspunt eveneens de verwijtbaarheid van de dader ten aanzien van die handeling gegeven. Dat suggereert dat de dader zijn strafbare gedrag – witwassen – dus ook zou moeten kunnen vermijden. De Hoge Raad had in 2006 in een strafzaak betreffende een beweerdelijk criminele erfenis oog voor dit aspect.<sup>52</sup> Maar afgaande op de hierboven geciteerde passages uit de concept-Memorie van Toelichting concluderen wij dat de minister er een ander standpunt op nahoudt: omdat ‘op elk moment’ moet kunnen worden opgetreden tegen het verwerven of voorhanden hebben van uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen en deze ‘wederrechtelijke situatie (...) onder alle omstandigheden een halt moet worden toegeroepen’, lijkt strafbaarheid wegens witwassen niet meer te vermijden als het gronddelict is voltooid. Zelfs als de dief direct na voltooiing van de diefstal spijt zou krijgen van zijn daad en het gestolen voorwerp meteen zou opbrengen naar het politiebureau, is hij in de optiek van de minister kennelijk al te laat. Natuurlijk realiseren wij ons dat er maar weinig dieven zijn die na voltooiing van het delict op deze wijze afstand willen doen van het gestolen voorwerp, maar dat laat onverlet dat het conceptwetsvoorstel en de daarop gegeven toelichting blootleggen dat de minister bereid is om een belangrijk fundament – zo niet het belangrijkste fundament – van het strafrecht, namelijk de verwijtbaarheid (gelegen in de vermijdbaarheid) als grondslag voor bestraffing, althans voor de witwasbepalingen prijs te geven. Wij vragen ons af of het door de minister geschetste (doch niet gestaafde) potentiële probleem werkelijk ernstig genoeg is om dat te rechtvaardigen.

### 3.3 *Toch een redelijke wetstoepassing?*

Nu lijkt het er evenwel op dat de minister de hierboven geschetste potentieel onrechtvaardige gevolgen van de in het conceptwetsvoorstel voorgestelde strafbepalingen in de concept-Memorie van Toelichting enigszins tracht te verzachten. In paragraaf 2.3 van de toelichting – met als titel ‘Geen automatische dubbele bestraffing’ – probeert de bewindsvaard man namelijk – heel subtiel – duidelijk te maken dat de rechter op een redelijke manier met de voorgestelde witwasbepalingen zou moeten omspringen wanneer het Openbaar Ministerie onredelijke keuzes maakt bij de inkleding van de strafzaak.<sup>53</sup> Wij laten de minister aan het woord:

50 Vgl. *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, nr. 3, p. 5. Ook de openbare orde is in de parlementaire geschiedenis wel genoemd als een door de witwasbepalingen te beschermen rechtsgoed: *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, nr. 3, p. 5-7.

51 Anders Verbaan & Nan 2014, p. 283. Keijzer merkt in (punt 6 van) zijn noot onder HR 27 mei 2014, *NJ* 2014/305 op dat men sieraden ook kan willen verstopten om deze bijvoorbeeld te beschermen tegen diefstal.

52 HR 5 september 2006, *NJ* 2006/612, m.nt. M.J. Borgers.

53 Concept-Memorie van Toelichting, p. 3-4.

“Benadrukt dient te worden dat het bestaansrecht van de voorgestelde nieuwe strafbaarstellingen vooral ligt in het voorkomen van straffeloosheid op het moment dat veroordeling voor het grondmisdrijf niet mogelijk is of niet is aangewezen. Dit neemt niet weg dat de vervolging ter zake van de nieuwe misdrijven mogelijk blijft tezamen met vervolging ter zake van het grondmisdrijf. Het feit dat bij een dergelijke gezamenlijke tenlastelegging het strafrechtelijk verwijt ter zake van het witwasmisdrijf sterk in het verlengde ligt van het oorspronkelijke grondmisdrijf kan de rechter ertoe brengen in dat geval aan te nemen dat sprake is van voortgezette handeling (artikel 56 Sr). Om van een voortgezette handeling te kunnen spreken moet het gaan om één en hetzelfde ongeoorloofde wilsbesluit en om gedragingen van gelijke aard (...). Indien de rechter voortgezette handeling aanneemt, wordt bij straftoemeting slechts één strafbepaling toegepast, te weten bij verschil van de op de feiten gestelde hoofdstraf, de strafbaarstelling die de zwaarste hoofdstraf kent. Mocht de rechter evenwel bij gezamenlijke tenlastelegging aannemen dat sprake is van meerdaadse samenloop, dan ligt het in de rede – wederom tegen de achtergrond van de nauwe verbondenheid tussen beide feiten – dat bij het bepalen van de straf de bewezenverklaring van de witwashandeling niet van invloed zal zijn op de hoogte van de op te leggen vrijheidsstraf. In lijn met deze uitgangspunten zal ook het strafvorderingsbeleid van het openbaar ministerie worden vormgegeven en openbaar gemaakt.”

Waar de minister in dit citaat aanvankelijk aanhaakt bij het eerder geschetste potentiële probleem – een veroordeling ter zake van het gronddelict is niet mogelijk (of niet opportuun) – merkt hij vervolgens echter direct op dat toch ook vervolgingen in beeld kunnen komen van zowel het gronddelict als het verwerven en/of voorhanden hebben van de reventuilen van dat gronddelict. Nu ziet de bewindsman wel onder ogen dat dat problematisch is in gevallen – zoals hierboven onder 3.1 geschetst – waarin de overgang tussen het gronddelict en het witwassen (en de ter zake van die beide delicten te maken verwijten) vloeiend is. Daarom suggereert hij dat de rechter in voorkomende gevallen het feitencomplex van gronddelict en witwassen kwalificeert als voortgezette handeling als bedoeld in artikel 56 Sr.

Het resultaat van deze tournure is op zich aansprekend, omdat het probleem van de automatische verdubbeling van strafbaarheid wordt onderkend en de rechter wordt uitgenodigd daar (wederom) een mouw aan te passen. Maar de tournure is wel een heel pragmatische. Naar algemene opvatting gaat het bij een voortgezette handeling om gelijksoortige feiten die de uiting zijn van één ongeoorloofd wilsbesluit.<sup>54</sup> Deze cumulatief-tweeledige eis beperkt het bereik van de voortgezette handeling aanzienlijk.<sup>55</sup> Het is dan ook niet verrassend dat in de parlementaire geschiedenis van de huidige witwasbepalingen verschillende aanknopingspunten zijn te vinden voor de stelling dat een feitencomplex waarin een gronddelict en witwassen compareren, moet worden aangemerkt als een meerdaadse samenloop, zodat er – anders dan bij een voortgezette handeling, waarop blijkens artikel 56 lid 1 Sr een absorptiestelsel van toepassing is – cumulatie van straffen kan plaatsvinden.<sup>56</sup> Dat is door de toenmalige minister zelfs expliciet onder ogen gezien voor de samenloop (van witwassen) met diefstal.<sup>57</sup> Hoewel wij hierboven betoogden dat het conceptwets-

54 J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 512-513; J.M. ten Voorde, C.P.M. Cleiren & P.M. Schuyt, *Meerdaadse samenloop in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 66-67.

55 De Hullu 2012, p. 513.

56 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27159, nr. 5, p. 10; *Handelingen II* 21 maart 2001, TK 59-4237; *Handelingen I* 4 december 2001, EK 10-526.

57 *Handelingen II* 21 maart 2001, TK 59-4237: ‘In de praktijk zal er overigens regelmatig sprake zijn van een samenloop met andere strafbare feiten, zoals diefstal of deelneming aan een criminele organisatie. In die gevallen vindt er cumulatie van straffen plaats, zodat de feitelijke straftoemeting in de praktijk vaak hoger zal zijn.’



voorstel de zelfstandige waarde van de door (onder andere) de diefstalbepaling gecreëerde rechtsgoederenbescherming aanzienlijk relativeert als niet alleen de diefstal (als gronddelict) maar ook het voorhanden hebben van de buit (als witwassen) strafbaar wordt gesteld, kan niet reeds daarom worden gesteld dat het gaat om gelijksoortige feiten. Ook hier rijst derhalve de vraag of de minister algemeen geldende – want in Boek 1 van het Wetboek van Strafrecht neergeslagen – strafrechtelijke uitgangspunten een geheel andere invulling wil geven om het specifieke verwerven en voorhanden hebben van uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen strafbaar te doen zijn.<sup>58</sup>

In zijn zoektocht naar een creatieve – want redelijke – toepassing van de voorgestelde witwasbepalingen zou de rechter blijkens het weergegeven citaat op weg moeten worden geholpen door het Openbaar Ministerie dat kennelijk zijn strafvorderingsbeleid ten aanzien van witwassen zou moeten wijzigen. Thans houdt dat beleid – nog steeds – in dat

“indien uit een opsporingsonderzoek aanwijzingen naar voren komen van criminele geldstromen, het verrichten van financiële handelingen of het eenvoudig voorhanden hebben van geld of voorwerpen die afkomstig zijn van enig misdrijf, de zaakofficier van justitie nadrukkelijk de afweging [dient] te maken een vervolging in te stellen terzake van het misdrijf witwassen. Dit geldt ook in het geval verdachten al terzake van andere strafbare feiten, bijvoorbeeld het plegen van de gronddelicten waarmee het criminele geld is verkregen, zullen worden vervolgd. In dat geval dient overwogen te worden tevens een vervolging terzake van witwassen in te stellen.”<sup>59</sup>

Dit beleid stimuleert geen terughoudende toepassing van de witwasbepalingen. Het Openbaar Ministerie heeft bovendien in de rechtspraak van de Hoge Raad waarin het bereik van de witwasbepalingen is ingeperkt, tot dusver geen aanleiding gezien om zijn vervolgingsbeleid bij te stellen. Of en hoe het onder de vigeur van het conceptwetsvoorstel tot een wijziging van dat beleid zou moeten komen, wordt door de minister in het midden gelaten. Wij zijn daarom niet bij voorbaat optimistisch over een redelijke toepassing van de voorgestelde witwasbepalingen door het Openbaar Ministerie.

De consequentie van dit een en ander is ondertussen wel dat – indien de voorgestelde strafbepalingen onveranderd zouden worden ingevoerd – algemene leerstukken omtrent samenloop en voortgezette handeling nogal atypisch zullen moeten worden toegepast als van een afgewogen vervolgingsbeleid weinig terecht zou komen. Als de minister dit wetgevingstraject daadwerkelijk zou willen doorzetten, dan zou het bij deze stand van zaken – vanuit een oogpunt van ‘systeemhygiëne’ – in ieder geval te prefereren zijn om op dit punt bijzondere, specifiek op de witwasbepalingen toegesneden samenloopbepalingen te introduceren. De toepassing van dergelijke bepalingen zou – in lijn met de suggestie van de minister dat de regeling van de voortgezette handeling zou kunnen worden toegepast – tot gevolg moeten hebben dat de toepasselijkheid van de nieuwe witwasbepaling geen strafmaximumverhogend effect heeft.<sup>60</sup>

### 3.4 *Gevolgen voor het overdragen, omzetten of gebruiken*

De kwalificatie-uitsluitingsgrond is in beginsel slechts aan de orde in gevallen waarin uitsluitend het verwerven en/of voorhanden hebben van door eigen misdrijf verkregen voor-

58 In het thans ter advisering aan de Raad van State voorgelegde conceptwetsvoorstel herziening regeling meerdaadse samenloop in strafzaken en de bijbehorende Memorie van Toelichting wordt met geen woord gerept over de verhouding tussen de samenloopbepalingen en artikel 56 Sr.

59 Aanwijzing witwassen: *Stcrt.* 2008, 45, p. 15.

60 Keijzer merkt in (punt 4 van) zijn noot onder HR 27 mei 2014, *NJ* 2014/305 op dat strafmaximumverhoging niet rechtvaardig voor komt omdat men bij plegen van het gronddelict het witwassen niet zou kunnen nalaten.

werpen is bewezen verklaard. Toch ziet de Hoge Raad wel enige ruimte om de kwalificatie-uitsluitingsgrond ook buiten die gevallen van toepassing te doen zijn, en wel in de bijzondere gevallen waarin het gaat om de overige in artikel 420bis/420quater lid 1 sub b Sr genoemde gedragingen 'overdragen', 'gebruikmaken' of 'omzetten' van door eigen misdrijf verkregen voorwerpen als dergelijke gedragingen plaatsvinden onder omstandigheden die niet wezenlijk verschillen van gevallen waarin een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die daarmee de door dat misdrijf verkregen voorwerpen verwerft of voorhanden heeft.<sup>61</sup> Tot een vergelijkbaar oordeel komt de Hoge Raad in gevallen waarin sprake is van voorwerpen die 'middellijk' afkomstig zijn uit eigen misdrijf doordat direct uit misdrijf afkomstige voorwerpen nadien zijn omgezet in andere voorwerpen: in dergelijke gevallen doet zich niet de situatie voor waarin een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die daardoor de uit dat misdrijf verkregen voorwerpen verwerft of voorhanden heeft, zich automatisch ook schuldig maakt aan het witwassen van die voorwerpen. Dat brengt volgens ons hoogste rechtscollege met zich dat er in beginsel geen grond is de kwalificatie-uitsluitingsgrond ook toe te passen op dergelijke gevallen, nu het automatisme dat die uitsluitingsgrond beoogt tegen te gaan, zich in die gevallen niet voordoet.<sup>62</sup> Hoewel niet moet worden aangenomen dat er veel ruimte is om een uitzondering aan te nemen op dit uitgangspunt,<sup>63</sup> rijst wel de vraag of de invoering van de voorgestelde strafbepalingen consequenties heeft voor deze rechtspraak.

Wij stellen bij de beantwoording van deze vraag voorop dat de voorgestelde strafbepalingen slechts zijn toegesneden op het verwerven en voorhanden hebben. De minister beschouwt de toepassing van de kwalificatie-uitsluitingsgrond in geval van overdragen, omzetten of gebruiken, als een uitzondering. Niettemin, zo oordeelt de bewindsman, vergen deze door de rechtspraak van de Hoge Raad onderscheiden situaties de nodige zorgvuldigheid in het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie.<sup>64</sup> Dit is een lovenswaardig standpunt. Gelet echter op het feit dat de voorgestelde bepalingen een lager strafmaximum kennen dan de reeds bestaande witwasdelicten, kan niet op voorhand worden uitgesloten dat het Openbaar Ministerie toch zo veel mogelijk zal inzetten op tenlasteleggingen waarin (ook) het overdragen, gebruikmaken en omzetten van voorwerpen aan de verdachte wordt verweten in zaken waarin het – op de keper beschouwd – gaat om gedragingen die niet wezenlijk verschillen van het verwerven en/of voorhanden hebben van die voorwerpen. In dergelijke gevallen zal dan toch een correctie door de rechter nodig zijn. Het ligt voor de hand dat de rechter alsdan zal kwalificeren onder de nieuw voorgestelde strafbepaling, zodat ook daadwerkelijk het lagere strafmaximum geldt. De consequentie van de invoering van de voorgestelde strafbepalingen is in dat geval dat de huidige kwalificatie-uitsluitingsgrond door de rechter wordt vervuild voor een kwalificatiecorrectiemechanisme. Dergelijke juridische acrobatiek is nodig om te voorkomen dat de beoogde nieuwe strafbaarstellingen tot oneigenlijke resultaten leiden. Dat zou een wetgever niet moeten willen.

61 HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, NJ 2014/303, m.nt. N. Keijzer. Zie ook HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:716. In HR 7 oktober 2014, NJ 2014/500, m.nt. N. Keijzer overweegt de Hoge Raad dat in gevallen waarin het enkele storten op een eigen bankrekening van contante geldbedragen die onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig zijn kan worden aangemerkt als 'omzetten' of 'overdragen', in de regel sprake zal zijn van een dergelijk bijzonder geval, hetgeen meebrengt dat, wil het handelen kunnen worden aangemerkt als witwassen, sprake dient te zijn van een gedraging die een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van die geldbedragen gericht karakter heeft.

62 HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702, NJ 2014/302, m.nt. N. Keijzer.

63 Kooijmans 2014, p. 416.

64 Concept-Memorie van Toelichting, p. 3.

#### 4 Afronding: toegevoegde waarde en alternatieven

In de rechtspraak van de Hoge Raad is een probleem geïdentificeerd dat bestaat in de onredelijke uitwerking van de vigerende witwasbepalingen als de dader van het gronddelict de revenuen van dat delict nog slechts voorhanden heeft. Met de introductie van de kwalificatie-uitsluitingsgrond heeft de Hoge Raad getracht dat probleem op een redelijke manier het hoofd te bieden, waarbij onder ogen moet worden gezien dat er nog wel een aantal open eindjes aan die rechtspraak zit.<sup>65</sup> Het is onder meer tegen die achtergrond dat Keijzer opmerkt dat het 'het mooiste zou zijn, dat de wetgever ons te hulp zou komen'.<sup>66</sup> Als wij deze auteur goed begrijpen, dan betoogt hij dat de wetgever – door het schrappen van het woordje 'onmiddellijk' in de delictsomschrijving van artikel 420bis/420quater lid 1 sub b Sr – de kwalificatie-uitsluitingsgrond van de Hoge Raad in zoverre codificeert dat de meergenoemde automatische verdubbeling van strafbaarheid (volledig) wordt vermeden. Het conceptwetsvoorstel dreigt evenwel precies het tegenovergestelde te bewerkstelligen: waar de Hoge Raad het probleem van de automatische verdubbeling van strafbaarheid voor een belangrijk deel heeft opgelost, revitaliseert het conceptwetsvoorstel dit probleem juist. Als onderliggende reden om dat te doen wordt een potentieel probleem geschetst – 'grote sommen misdaadgeld dreigen dan onaangetast te blijven' – terwijl een empirische onderbouwing hier ontbreekt. Ook de – reeds bestaande – mogelijkheden om dit probleem te vermijden dan wel op te lossen zonder dat daartoe de wet behoeft te worden gewijzigd, blijven onbesproken.

De manier waarop het conceptwetsvoorstel dit wellicht feitelijk niet eens bestaande probleem probeert op te lossen, verdient bovendien op een enkel redactioneel punt nadere aandacht. Waar de Hoge Raad de kwalificatie-uitsluitingsgrond stevast van toepassing laat zijn op personen die zelf het gronddelict hebben *begaan*, beoogt het conceptwetsvoorstel strafbepalingen te introduceren die betrekking hebben op personen die het gronddelict zelf hebben *gepleegd*. Is het niet de bedoeling om ook bijvoorbeeld (naast de pleger van een oplichting) de uitlokker – als dader – die de revenuen van de slachtoffers ontvangt van de door hem uitgelokte oplichting, onder het bereik van de voorgestelde bepalingen te brengen (in gevallen waarin de uitlokking niet kan worden vervolgd)? En hoe staat de minister tegenover de medepleger van het witwassen, bestaande uit het verwerven of voorhanden hebben? Kan die medepleger straks – onder omstandigheden – een beroep blijven doen op de kwalificatie-uitsluitingsgrond?<sup>67</sup> Of moet deze juist onder het bereik vallen van de nieuw voorgestelde bepalingen?

Als gezegd, voorziet het conceptwetsvoorstel niet alleen in een strafbepaling wegens 'opzetwitwassen' bestaande in het verwerven en/of voorhanden hebben van de revenuen uit eigen misdrijf, maar ook in een vergelijkbare bepaling van schuldwitwassen. Volgens de concept-Memorie van Toelichting valt niet uit te sluiten 'dat in een uitzonderingsgeval sprake is van een dader van een grondmisdrijf die niet weet dat hij voorwerpen voorhanden heeft die afkomstig zijn van een door hemzelf gepleegd misdrijf. De kwalificatie-uitsluitingsgrond die in de rechtspraak is aangenomen heeft dan ook betrekking op zowel witwassen als schuldwitwassen'.<sup>68</sup> Dat het hier gaat om uitzonderingsgevallen, lijkt ons een *understatement*. Het komt ons voor dat zich niet eenvoudig situaties laten denken waarin een persoon een vermogensdelict begaat en waarin het verwerven en/of voorhanden heb-

65 Zie Kooijmans 2014, p. 418–419, alsmede de noot van Keijzer onder HR 27 mei 2014, NJ 2014/305.

66 Punt 7 van zijn noot onder HR 27 mei 2014, NJ 2014/305.

67 HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, NJ 2013/266, m.nt. M.J. Borgers.

68 Concept-Memorie van Toelichting, p. 5.

ben van de revenuen van dat delict slechts schuldwitwassen oplevert.<sup>69</sup> Als in een dergelijk geval wetenschap – zelfs in de zin van voorwaardelijk opzet – op de criminele herkomst van het voorwerp ontbreekt, kan dan redelijkerwijs wel van de dader van het gronddelict worden gevergd dat hij – om strafrechtelijke aansprakelijkheid uit hoofde van de voorgestelde schuldwitwasbepaling te ontlopen<sup>70</sup> – de betreffende voorwerpen direct opbrengt naar het politiebureau?

Al met al concluderen wij dat de toegevoegde waarde van het conceptwetsvoorstel, minst genomen, door de minister niet aannemelijk wordt gemaakt en dat het voorstel zelfs een aantal problemen in het leven roept die in de rechtspraak nu juist goeddeels zijn geëcarteerd. Daarmee is de vraag relevant of er alternatieven kunnen worden bedacht waarmee het beweerde probleem – situaties waarin ‘vervolgning wegens het grondmisdrijf niet haalbaar is’ waardoor ‘grote sommen misdaadgeld dan onaangetast dreigen te blijven’ – kan worden aangepakt zonder dat zich de negatieve neveneffecten aandienen die het conceptwetsvoorstel met zich brengt.

Een eerste alternatief zou kunnen bestaan in het niet doorzetten van dit wetgevingstraject<sup>71</sup> en het overlaten aan de rechtspraak om nadere duiding te geven aan de kwalificatie-uitsluitingsgrond. Hoewel uit het besproken arrest van 17 december 2013 geen werkelijke belemmering voor de vervolgingspraktijk voortvloeit, kan niet worden ontkend dat dit arrest tot enige commotie heeft geleid. Het is de verantwoordelijkheid van de Hoge Raad, die – geheel terecht – de strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van witwassen heeft afgebakend, om nader te duiden welke eisen gelden ter zake van de vaststelling van een eigen gronddelict. Laat de Hoge Raad dat achterwege, dan bestaat de kans dat uiteindelijk het tegendeel wordt bereikt van wat de Hoge Raad nastreeft: het binnen redelijke grenzen houden van de reikwijdte van het witwasdelict. In het bijzonder zou het dienstig zijn als de Hoge Raad op korte termijn een zaak aangrijpt om – al dan niet in een *obiter dictum* – nader helderheid te verschaffen over de vraag onder welke omstandigheden kan worden aangenomen dat sprake is van een ‘eigen misdrijf’. Uitgangspunt zou daarbij, wat ons betreft, mogen zijn dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond alleen toepassing vindt wanneer het gronddelict tamelijk concreet kan worden benoemd en (dus) het daderschap van de verdachte ten aanzien van gronddelict op meer dan een waarschijnlijkheidsoordeel berust.<sup>72</sup>

Nu begrijpen wij ook wel dat het stilleggen van het ingezette wetgevingstraject politiek geen eenvoudig haalbare kaart is. Maar een tweede alternatief – dat het eerste alternatief geenszins uitsluit – zou kunnen zijn het inzetten van de wetgevingscapaciteit om te komen tot een beperkte wijziging (niet van de witwasbepalingen maar) van de regeling van de

69 Wij kennen geen rechterlijke uitspraken waarin de kwalificatie-uitsluitingsgrond in een geval van schuldwitwassen daadwerkelijk aan de orde was, ook al laat de Hoge Raad de feitenrechter die ruimte.

70 Waarbij wij opmerken dat de minister zelfs daarvoor eigenlijk geen ruimte laat. Zie hierboven onder 3.2.

71 De verschillende pleidooien in de literatuur die ertoe strekken dat de wetgever in relatie tot de strafbaarstelling van witwassen in actie komt, zijn overwegend gericht op het inperken van de reikwijdte van de huidige strafbaarstelling. Zie bijvoorbeeld Kooijmans 2014, p. 419. Daarnaast bestaat discussie over de vraag in hoeverre internationale en Europese regelgeving aanleiding geeft tot aanpassing van de strafbaarstelling. Daaromtrent worden uiteenlopende standpunten ingenomen. Zie Buisman 2013 alsmede de noten van N. Keijzer onder HR 27 mei 2014, NJ 2014/305 en HR 7 oktober 2014, NJ 2014/500. Wij gaan daar in deze bijdrage niet nader op in, maar laten het bij de opmerking dat de betekenis en de strekking van die internationale en Europese regelgeving – in onze ogen – niet zo duidelijk is als wel wordt aangenomen. Zie de noot van M.J. Borgers onder HR 2 juli 2013, NJ 2013/425 en Kooijmans 2014, p. 412–414.

72 Zie ook punt 7 van de noot onder HR 17 december 2013, NJ 2014/77.

onttrekking aan het verkeer.<sup>73</sup> Hierboven onder 2.2 merkten wij op dat enerzijds contant geld, ook wanneer dat een criminele herkomst heeft, in de optiek van de Hoge Raad niet vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer, maar anderzijds dat in de praktijk van de feitenrechtspraak die onttrekking af en toe wel wordt opgelegd. Een wijziging van de regeling van de onttrekking aan het verkeer op dit punt zou goed kunnen fungeren als vangnet voor de gevallen waarin een veroordeling wegens het gronddelict niet haalbaar is, terwijl wel evident is dat de betrokkene zo'n gronddelict heeft begaan en het dit delict was waarmee hij het onder hem in beslag genomen geld heeft verdiend.<sup>74</sup>

73 Daarbij zou dan wel een aanpassing van het procedurele kader van de onttrekking van het verkeer in overweging moeten worden genomen, met het oog op de benodigde rechtsbescherming voor degene onder wie het geld wordt onttrokken. Zie artikel 552f Sv, waarin tegen een afzonderlijke rechterlijke beschikking op vordering van het Openbaar Ministerie tot onttrekking aan het verkeer slechts beroep in cassatie is opengesteld. Vgl. HR 14 december 2010, *NJ* 2011/19.

74 (Ook) andere intrinsiek 'onschuldige' voorwerpen kunnen thans reeds worden onttrokken aan het verkeer. Zie bijvoorbeeld HR 10 januari 1984, *NJ* 1984/684, m.nt. ThWvV: onttrekking aan het verkeer van overhemden.